Das neue schweizerisc... Zivilgesetzbu... und seine Bedeutung ...

Max Rümelin

Das neue schweizerische Zivilgesetzbuch und seine Bedeutung für uns.

Rede
gehalten bei der akademischen Preisverteilung
am 6. November 1908

von

Max Friedrich Gustav von Rümelin

Prof. Dr. Max Rümelin,
Kanzler der Universität Tübingen.



Tübingen
Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
1908.

Druck von H. Laupp jr in Tübingen.

Das neue schweizerische Zivilgesetzbuch und seine Bedeutung für uns*).

Für den Juristen und insbesondere für den Zivilrechtsjuristen ist die Aufgabe, außerhalb der Zunft über seine Wissenschaft zu sprechen durch die Natur des Sachs außerordentlich erschwert. Für diesmal allerdings war wenigstens die Wahl des Gegenstands so ziemlich gegeben.

*) Die Literatur zu dem Gesetz ist zur Zeit der Natur der Sache nach noch eine kleine. Heranzuziehen sind: Laband in der Juristenzeitung XIII. Jahrgang Nr. 15 S. 833 ff. Weyl in Bd. 32 des Archivs für bürgerliches Recht S. 269 ff. und M. Gmür, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuchs. (Abhandlungen zum schweizerischen Recht, herausgegeben von M. Gmür, 26. Heft). Erheblicher ist die Literatur zu den Entwürfen, innerhalb deren Hubers Erläuterungen zum Vorentwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizei-Departements an erster Stelle stehen. Zu nennen sind ferner die Hefte XI, XII, XIV der Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft. Zürich: Schultheß u. Komp. 1906 u. 1907. Im übrigen kann auf die Literaturzitate daselbst und bei Weyl a. a. O. verwiesen werden. Eine Auseinandersetzung mit der Literatur war natürlich bei einer Rede ausgeschlossen. Nur gelegentlich konnte teils in den beigefügten Noten, teils durch einzelne Wendungen des Textes auf dieselbe Bezug genommen werden. An verschiedenen Stellen enthält übrigens der vorliegende Druck Teile, die, der Vollständigkeit des Gedankengangs halber eingefügt, von Haus aus nicht zum mündlichen Vortrag bestimmt waren.

In das Jahr 1908 fiel ein juristisches Ereignis von hervorragender Bedeutung. Am 20. März hat in der Schweiz, durch Ablauf der für Herbeiführung einer Volksabstimmung gesetzten Frist, ein von der Bundesversammlung einstimmig beschlossenes Gesetz die Sanktion des Volkswillens gefunden, das in mehr als einer Hinsicht das Interesse nicht bloß der deutschen Juristen, sondern auch weiterer Kreise, insbesondere im stammverwandten Süddeutschland, zu fesseln geeignet ist. Es ist dies das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, durch welches unser Nachbarland die große lokale Zersplitterung seines Privatrechts, an der es bisher, trotz der im Jahre 1881 erfolgten Vereinheitlichung des Rechts der Schuldverhältnisse, krankte, nunmehr endgültig überwunden hat. In Kraft treten soll das Gesetzbuch am 1. Januar 1912. Bis dahin sind die Ausführungsgesetze abzufassen und das Obligationenrecht in Einklang mit dem neuen Gesetz zu bringen.

Allein schon die Tatsache, daß die Kodifikation in den beiden gesetzgebenden Körperschaften, dem Nationalrat und dem Ständerat, einstimmig angenommen wurde, steht einzigartig da. Galt es doch tiefgreifende Gegensätze, insbesondere zwischen deutscher und französischer Rechtsauffassung zu überbrücken und manche alteingewurzelte und liebgewordene Gewohnheit zum Opfer zu bringen. Daß es trotz reichster Entfaltung vielgestaltiger Eigenart, trotz lebhafter politischer Gegensätze und trotz des Vorhandenseins starker partikularistisch-konservativer Unterströmungen in so glänzender Weise gelang, zur Rechtseinheit durchzudringen, wird einen bleibenden Ruhmestitel in der Geschichte der schweizerischen Demokratie bilden.

Die erste Vorbedingung für diesen Erfolg lag in dem gesunden praktisch verständigen Sinn und in der politischen Schulung des Schweizervolks. Die Einsicht in die großen Vorteile, welche die Vereinheitlichung des Rechts mit sich bringen mußte, war in die weitesten Kreise verbreitet. Wohlerwogene

und klar vorgetragene Gründe verfehlten ihren Eindruck, namentlich auch in den Interessenvertretungen des Landes, nicht. Und endlich war und blieb man offenbar, vor allem in den Räten, sich bewußt, daß ohne ein gewisses Maß von Kompromissen in solchen Fällen nichts zu erreichen ist.

Nicht zum wenigsten hat auch die überaus besonnene und umsichtige Art und Weise, mit der das eidgenössische Justiz- und Polizei-Departement in der ganzen Gesetzgebungsfrage vorging, zu dem Endergebnis mitgewirkt. In ausgezeichneter Weise hat man es verstanden, durch Einholung der kantonalen Wünsche, durch Bildung von Kommissionen und Heranziehung zahlreicher Expertengutachten, nicht zum wenigsten endlich durch Unterstellung des Departementalentwurfs unter die öffentliche Kritik, die ganze juristische Welt der Schweiz an dem Werk zu beteiligen, ebenso aber auch das allgemeine Interesse darauf hinzulenken. Keinem, der ein Wort mitreden zu können glaubte, war der Weg hierzu verschlossen. Jeder durfte einer sorgfältigen Prüfung seiner Vorschläge gewiß sein. Dennoch aber wurde der einheitliche Charakter dadurch gewahrt, daß alle Fäden wiederum in einer Hand, derjenigen des Redaktors und eigentlichen Verfassers, zusammenliefen.

In letzter Linie ist und bleibt das Gesetz und dessen einstimmige Annahme das unmittelbare Verdienst eben jenes Redaktors, des Professors Eugen Huber in Bern. Wenn ich diese, auch in der Schweiz allgemein anerkannte Wahrheit ausspreche, so wird dadurch dem Verdienst der Departementsvorsteher, die es verstanden haben, den rechten Mann an den rechten Platz zu stellen und ihn gewähren zu lassen, den Kommissionsvorsitzenden, Kommissionsmitgliedern und Gutachtern, die in treuester Mitarbeit ihm zur Seite standen und gewiß auch da und dort noch eine bessernde Hand anlegten, nicht zu nahe getreten.

Huber hat nicht allein die Grundlagen für die ganze Gesetzgebungsarbeit geschaffen, er ist nicht bloß fortgesetzt

der erste Berater des Departements bei dessen gesetzgeberischem Vorgehen, der Bearbeiter des von allen Seiten zusammenströmenden kritischen Materials und schließlich der Referent in der Nationalratskommission gewesen, er ist auch die ganze Zeit hindurch nach allen Seiten hin in Wort und Schrift aufklärend und belehrend für sein Werk eingetreten. Seiner Feder entstammen vor allem eingehende Erläuterungen zu dem Departementalentwurf des Jahres 1900, die Ausführungen von bleibendem Wert insbesondere zur Frage der Gesetzgebungstechnik enthalten. Wenn man bedenkt, welche Anforderungen während der ganzen 15jährigen Tätigkeit insbesondere durch die zahlreichen, immer wieder auf schon Verhandeltes zurückgreifenden, durch die Notwendigkeit der dreisprachlichen Fassung sich multiplizierenden Kommissionsberatungen an die Spannkraft des Geistes gestellt wurden, so wird man der Leistung des einen Mannes die Bewunderung nicht versagen können.

Dieser Mann war durch Charakter und Fähigkeiten, die Sicherheit des praktischen Blickes, die Besonnenheit des Urteils, die Klarheit des ordnenden Verstandes im Verein mit einem erheblichen Maß kombinatorischer Phantasie, ebenso aber auch durch seinen Lebensgang zur Erfüllung der ihm zuteil gewordenen Aufgabe berufen. Wenngleich wir Akademiker ihn in erster Linie zu den unsern zählen dürfen, — er ist wissenschaftlich einer unserer ersten Germanisten und ein sehr beliebter Rechtslehrer, — so fehlte ihm doch nicht die praktische Bewährung im Richteramt. Außerdem hat er seine Gabe, in schlichter aber klarer und eindringlicher Sprache die schwierigsten Dinge auch dem Verständnis des Laien näher zu bringen, in mehrjähriger Tätigkeit als Redakteur der Züricher Zeitung erproben können. Schon in früherer Zeit war man auf ihn aufmerksam geworden und hatte ihm im Jahre 1884 von seiten des schweizerischen Juristenvereins, im Hinblick auf eine kommende Gesetzgebung, die Abfassung eines

die sämtlichen Kantonalrechte umfassenden Systems des schweizerischen Privatrechts übertragen, von dem der vierte (historische) Band, eine Musterleistung rechtsgeschichtlicher Darstellung, im Jahr 1893 erschien. Infolgedessen verfügte er über eine Kenntnis der Partikularrechte wie schwerlich irgend ein anderer, und gerade dieser Umstand hat wesentlich zu dem Vertrauen beigetragen, das ihm von allen Seiten entgegengebracht wurde.

Doch wenden wir uns von der Person des Verfassers nun zu dem Werke selbst. Bürgt für dessen hohen inneren Wert schon die einstimmige Annahme in den beiden Räten, so besteht auch bei der Kritik, die sich bisher innerhalb und außerhalb der Schweiz geäußert hat, nur eine Meinung. Mitunter klingt bei den deutschen Kritikern bald lauter bald leiser ein Ton des Neides mit, hervorgerufen durch den Vergleich mit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuche. Und in der Tat hat das schweizerische Gesetz vor dem deutschen gar manche Vorzüge voraus. Es hat nicht nur, wie zu erwarten war, die Erfahrungen der deutschen Gesetzgebungsarbeit sich zu Nutze gemacht und manche Errungenschaften von jener übernommen, ohne jemals in Abhängigkeit zu geraten. Es ist auch nach manchen Richtungen weiter fortgeschritten und hat namentlich in Beziehung auf das gesamte Niveau der Gesetzgebungstechnik eine höhere Stufe erreicht.

Wenn wir somit auf eine Vergleichung der beiden Kodifikationen und auf die Fragestellung hingedrängt werden, was wir aus dem Schweizer Gesetzbuch für uns entnehmen können, und wo die Fortschritte liegen, die auch für die Entwicklung unseres einheimischen Rechts von Bedeutung sind, so dürfte von vornherein einleuchten, daß das Augenmerk mehr auf die Form und den Gesamtstandpunkt als auf den materiellen Inhalt der einzelnen Normierungen zu richten sein wird. Im Einzelnen wird ja wohl vielfach über Vorzüge und Nachteile gestritten werden können, auch wird man hier häufig zu dem Ergebnis gelangen, daß die eine Gestaltung mehr den deutschen, die

andere mehr den schweizerischen Verhältnissen entspricht. Immerhin mögen zunächst, damit das Bild durch Vorführung konkreten Stoffs Leben und Farbe gewinne, einige wichtigen Punkte, an denen Verbesserungen oder interessante Abweichungen nachweisbar sind, kurz hervorgehoben werden, natürlich ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit.

Eine bedeutend freiere, und wie ich glaube, bessere Ausgestaltung als in Deutschland hat das Vereinsrecht erhalten, dadurch, daß alle nichtwirtschaftlichen Vereine, mögen sie nun politische und religiöse, oder wissenschaftliche, künstlerische, gesellige, wohltätige Zwecke verfolgen, die selbständige Rechtsfähigkeit lediglich durch Kundgebung des Körperschaftswillens im schriftlich errichteten Statute, erlangen können[1]). Der Eintrag in das Handelsregister, der sie des Beweises ihrer Rechtsfähigkeit enthebt und dadurch für den Eintritt in den Verkehr erhebliche Vorteile bietet, ist ihnen nur freigestellt[2]). In Deutschland werden bekanntlich die Korporationsrechte von solchen Vereinen nur durch Eintrag in ein bei den Amtsgerichten geführtes Vereinsregister erworben. Dieser Eintrag wird häufig nicht herbeigeführt und muß bei politischen, sozialpolitischen und religiösen Vereinen unterbleiben, wenn die zuständige Verwaltungsbehörde Einspruch erhebt. Dadurch entsteht die eigentümliche Zwitterbildung der sogenannten nichtrechtsfähigen Vereine, die sowohl, was ihre Abgrenzung von den gewöhnlichen Gesellschaften als was ihre rechtliche Behandlung anlangt, zu einem Heer von Zweifeln und Schwierigkeiten Anlaß gegeben haben. Der eine Hauptzweck der größeren Verkehrssicherheit, den man bei unserem Eintragungszwang im Auge hatte, und den man dadurch zu erreichen suchte, daß man bei den nicht eingetragenen Vereinen die vertragsschließenden Organe und prinzipiell auch die ein-

[1]) A. 60.
[2]) A. 61.

zelnen Mitglieder aus den für den Verein eingegangenen Geschäften persönlich haften ließ, ist doch nicht erreicht worden. Denn jene Haftung kann vertragsmäßig ausgeschlossen werden und darüber, wann sie als wegbedungen gelte, herrscht Streit. Auch die weitere den deutschen Bestimmungen zu Grund liegende Absicht, solchen politischen, sozialpolitischen und religiösen Vereinen, die man als gefährlich oder schädlich erachtete, durch Verweigerung der Korporationsrechte entgegenwirken zu können, verdient keine Billigung. Mindestens liegt ein für den Zweck untaugliches Mittel vor. Denn die Versagung der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit ist allenfalls geeignet, gewisse Unannehmlichkeiten und Belästigungen herbeizuführen, in keiner Weise aber in der Lage, die Machtentfaltung solcher Vereine ernstlich zu beeinträchtigen. Daß derartige Gedanken wie der zuletzt genannte, dem Schweizer Gesetzgeber nicht in den Sinn kamen, verstand sich bei der ganzen politischen Entwicklung des Landes von selbst.

Eine interessante und wichtige Abweichung zeigt sich sodann bei der Behandlung der geistigen Defekte. Auch hier wird man dem Schweizer Gesetz entschieden den Vorrang zuerkennen müssen. An Stelle der schwer übersehbaren, komplizierten, vielfach umstrittenen Regeln des BGB. treten einfache und klare Grundprinzipien. Das Schweizer Gesetz unterscheidet eine natürliche und eine durch Gerichtsakt herbeigeführte Handlungsunfähigkeit. Jener Gerichtsakt, die Entmündigung, bewirkt an sich immer nur, daß der Entmündigte ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters sich nicht verpflichten oder allgemeiner gesprochen, keine belastenden Geschäfte vornehmen kann [1]). Allerdings können ihm Mittel zur freien Verwendung zugewiesen werden und ebenso darf er, was er mit Einwilligung des Vormunds durch Arbeit erwirbt, frei verwalten. Ja sogar der selbständige Betrieb eines Berufs

---

[1]) A. 19 Abs. 1.

oder Gewerbes kann ihm von der Vormundschaftsbehörde gestattet werden [1]). Seine Haftbarkeit aus unerlaubtem Verhalten wird durch die Entmündigung nicht berührt [2]). So ist denn mit dem verkehrten Dogma, daß der entmündigte und entmündigungsreife Geisteskranke schlechthin handlungsunfähig, also auch erwerbsunfähig sein müsse, und mit der ganzen Unterscheidung zweier Entmündigungen, einer stärker wirkenden wegen Geisteskrankheit und einer milderen wegen Geistesschwäche, gebrochen und damit ist eine ganze Reihe von Schwierigkeiten in Wegfall gekommen. Allerdings sind, beim Entmündigten so gut wie beim Nichtentmündigten, alle Rechtsakte wirkungslos, die im Zustande der natürlichen Handlungsunfähigkeit oder Urteilsunfähigkeit [3]) (wie das Gesetz sich ausdrückt) vorgenommen werden. Unerlaubte Handlungen verpflichten in solchem Fall nur ausnahmsweise nach billigem Ermessen des Richters zum Schadensersatz. Aber offenbar ist, wie auch Huber in den Erläuterungen zum Vorentwurf hervorhebt, dieser Zustand der Urteilsunfähigkeit immer nur für den Zeitpunkt der einzelnen Handlung festzustellen, so daß also nicht ohne weiteres aus dem Vorhandensein einer Geisteskrankheit auf andauernde Urteilsunfähigkeit geschlossen werden darf. Nur bei solcher Auslegung und nur wenn man gegenüber sinngemäß abgegebenen Willenserklärungen in der Anerkennung völliger Urteilsunfähigkeit sich möglichste Zurückhaltung auferlegt, wird man zu einer angemessenen Praxis gelangen können. Nur dann wird es z. B. möglich sein, vernünftige Geschäfte, die ein von der Vormundschaftsbehörde in

[1]) A. 414.

[2]) A. 19 Abs. 3.

[3]) A. 18. Die Urteilsunfähigkeit ist jetzt im Gegensatz zum Departementalentwurf von 1900 bestimmt als die Unfähigkeit, vernunftgemäß zu handeln. Ob diese Bestimmung angemessen ist und mehr besagt als der Ausschluß der freien Willensbestimmung im deutschen Recht, mag dahingestellt bleiben.

seinem Gewerbebetrieb belassener Paranoiker vorgenommen hat, aufrecht zu erhalten. Die Befürchtung, daß bei dieser Normierung wiederum die Verkehrssicherheit notleide, da der Geschäftsgegner des Entmündigten riskieren müsse, wegen einer Urteilsunfähigkeit, die er nicht erkennen konnte, abgewiesen zu werden, ist nicht begründet. Denn die Entmündigung ist und bleibt eine Warnungstafel, die zu größter Vorsicht mahnt. Dasselbe gilt, wenn bei leichteren geistigen Defekten von der Möglichkeit Gebrauch gemacht worden ist, überhaupt nicht zu entmündigen, sondern nur einen Beistand zu ernennen, dessen Mitwirkung bei einer Reihe namentlich aufgeführter Geschäfte vorgeschrieben ist [1]). Auch hier gibt die Tatsache der Beistandschaft Anlaß zu Erkundigungen über die Verhältnisse der also unter Aufsicht gestellten Personen bei allen Geschäften, die nicht dem regelmäßigen Lauf der Dinge entsprechen.

Die Grenzen möglicher Entmündigung sind im schweizerischen Recht sehr weit gezogen, erheblich weiter als im deutschen [2]). Außer wegen Geisteskrankheit und Geistesschwäche, Verschwendung und Trunksucht, kann auch wegen lasterhaften Lebenswandels und sogar wegen bloßer Mißwirtschaft entmündigt werden. Als Entmündigungsgrund gilt in allen diesen Fällen nicht bloß die Befürchtung einer Beeinträchtigung des eigenen Wohls und des Wohls der Angehörigen, sondern auch die Gefährdung der Sicherheit anderer. Außerdem soll, für die Dauer der Haft, jedermann unter Vormundschaft gestellt werden, der zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder mehr verurteilt ist, endlich auch jedermann, der wegen Altersschwäche, Gebrechen oder Unerfahrenheit selbst das Begehren stellt.

Es könnte sich fragen, ob nicht nach unserer deutschen Auffassung hier in einzelnen Punkten des Guten zu viel ge-

---

[1]) A. 394, 395.

[2]) S. z. Folgenden A. 369—372.

schehen ist. Die Ablehnung einer Mißwirtschaftsentmündigung, wie sie allerdings schon vorher dem Gesetz über die Handlungsfähigkeit vom Jahr 1881 und verschiedenen Kantonalrechten bekannt war, ist von Huber in den Erläuterungen zum Vorentwurf mit so guten Gründen belegt worden, daß man wohl annehmen muß, die Aufnahme der Bestimmung sei gegen seinen Wunsch erfolgt. Die Entmündigung wegen längerer Freiheitsstrafe, ebenfalls jenem älteren Bundesgesetz entnommen, scheint mir für viele Fälle eine nicht genügend begründete Härte darzustellen. Endlich ist es auch nicht ganz ohne Bedenken, Geisteskranke lediglich wegen der Gefährdung der Sicherheit anderer zu entmündigen. Dagegen wäre an sich mit Mitteln des öffentlichen Rechts, zwangsweiser Internierung, polizeilicher Überwachung und dergleichen, zu reagieren. Die Stellung unter Vormundschaft ist hier nicht immer das geeignete Mittel und schießt oft über das Ziel hinaus. Immerhin läßt sich zu Gunsten der Bestimmung anführen, daß, so lange das öffentliche Recht in dieser Richtung nicht genügend entwickelt ist — speziell in der Schweiz dürfte das Eingreifen des Bundes in das öffentliche Irrenrecht noch erheblichen Schwierigkeiten begegnen — durch die persönliche Fürsorgepflicht des Vormunds wenigstens bis zu einem gewissen Grad dem Bedürfnis genügt werden kann. Der Vormund ist ja doch in der Lage, die Unterbringung in eine Anstalt anzuordnen und wird, da ihm sonst möglicherweise eigene Haftung droht, geneigt sein, zu dieser Maßregel zu greifen.

Interessant ist es, in dieser ganzen Materie zu beobachten, in welchem Umfang in dem demokratischen Gemeinwesen der Schweiz bei aller Betonung der persönlichen Freiheit des Staatsbürgers ein bevormundendes und erzieherisches Eingreifen der Staatsgewalt ertragen wird.

Dieselbe Erscheinung tritt uns noch auf einem anderen Gebiet entgegen, im persönlichen Eherecht. Dort ist ein richterliches Eingreifen vorgesehen, sobald, so sagt das Gesetz,

ein Ehegatte gegenüber der Gemeinschaft pflichtvergessen handelt, oder durch seine Handlungsweise den andern Ehegatten in Gefahr, Schande oder Schaden bringt[1]). In allen diesen Fällen ist zunächst richterliche Mahnung an die Pflicht möglich. Bleibt diese erfolglos, so kann zu weiteren Maßregeln gegriffen werden, z. B. zur Entziehung der Vertretung innerhalb der Haushaltungsgeschäfte gegenüber der Frau, zur Anweisung an alle Schuldner, der Ehefrau zu zahlen[2]), wenn der Mann es unterläßt, für Weib und Kind zu sorgen. Je nach Lage des Falls kann auch die vorübergehende Aufhebung des gemeinsamen Haushalts verfügt werden unter Regelung der beiderseitigen Unterhaltspflicht[3]).

Hier haben wir es im Gegensatz zu den zuvor besprochenen Entmündigungsfällen mit bewußten Neuerungen gegenüber dem bisherigen Rechtszustand zu tun, mit dem Bestreben, gegenüber Pflichtverletzungen unter den Ehegatten einen stärkeren Schutz zu gewähren, als er nach der herkömmlichen Auffassung, auch bei uns in Deutschland, möglich erschien.

Der größere Reichtum an Mitteln ließ sich nur erreichen durch eine Verschiebung der Grenzen des Privatrechts. Denn mag auch der Erfolg versprechende Versuch, den Mann durch Sperrung seiner Lohn- und Gehaltsforderungen zu einem ordentlichen Lebenswandel anzuhalten, noch auf dem Boden des Privatrechts sich bewegen, so dürften doch jene Verwarnungen durch den Zivilrichter schon öffentlich-rechtlichen Charakter tragen. Handelt es sich ja doch um erziehliches Einwirken und um Maßregeln, die einem Verweis so ähnlich sehen können, wie ein Ei dem andern. Es wird heutzutage wohl kaum noch einen Begriffsjuristen geben, der aus dem öffentlich-rechtlichen Charakter vermeintliche dogmatische Bedenken gegen die Maßregel und ihre Aufnahme in das Zivilgesetzbuch abzuleiten unternimmt.

[1]) A. 169.
[2]) A. 171.
[3]) A. 170.

Denn es ist klar, daß sich der Gesetzgeber um solche zum Zweck der Systematisierung aufgestellte Grenzlinien nicht zu kümmern braucht. Entscheidend ist allein, ob das Mittel seinen Zweck erfüllt und ob nicht anderweite schutzwerte Interessen dadurch beeinträchtigt werden. Da ließe sich denn vielleicht fragen, ob ein derartiges behördliches Eingreifen in die eheliche Lebensgemeinschaft, die im ganzen nicht auf Rechtszwang, sondern nur auf freie Sittlichkeit gestellt werden kann, nicht unter Umständen das Uebel verschlimmert, statt es zu bessern. Gewiß kann ja durch ungeschicktes Eingreifen viel geschadet werden. Man kann z. B. die Frau eines rohen Trunkenbolds geradezu der Lebensgefahr aussetzen, wenn man ihr die Einkassierung der Schulden überträgt. Allein in verständiger Hand werden jene Maßregeln unzweifelhaft segensreich wirken können. Ist einmal das eheliche Zusammenleben in einer Weise gestört, daß einer von beiden Teilen den Richter anruft, so wird man sich vor einem Eingreifen nicht mehr zu scheuen brauchen, und je reicher und mannigfaltiger die Mittel sind, die dem Richter für diesen Fall an die Hand gegeben werden, desto besser. Es ist daher in hohem Grad anzuerkennen, daß man sich unbekümmert um doktrinäre Bedenken in der Schweiz entschlossen hat, einen solchen Versuch zu wagen und dem Eherichter das Vertrauen zu erweisen.

Eine bedeutende Verbesserung hat sodann das Schweizer Gesetzbuch an dem von ihm wie bei uns zu Grund gelegten ehelichen Güterrecht angebracht. Mit Recht hat man bei uns diesem System der Güterverbindung oder der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung die Ungerechtigkeit vorgeworfen, die darin liegt, daß die Ehefrau an dem Vermögenszuwachs nicht teilnimmt, während diese doch meistens auch auf der Einsetzung ihrer Tätigkeit, oft sogar auf den Einkünften ihres Vermögens, mitberuht. Allein schon die Führung des Haushalts, durch welche die Konzentration der Arbeitskraft des Mannes auf den Erwerb ermöglicht wird, verdient Berücksichtigung. Diese Erwägungen hatten früher

in Württemberg dazu geführt, sich einem ganz anderen System des ehelichen Güterrechts anzuschließen. Es galt die sogenannte Errungenschaftsgemeinschaft oder -gesellschaft, bei der der Arbeits- und Ersparniserwerb der Ehegatten während der Ehe in das gemeinsame Eigentum fiel, folglich bei Lösung der Ehe zu gleichen Teilen aufgeteilt werden mußte. Dieses System der Errungenschaftsgemeinschaft bietet mit seiner Unterscheidung dreier verschiedener Vermögensmassen, der beiden Sondergüter und der Errungenschaft, technisch große Schwierigkeiten. Die Auseinandersetzung ist so verwickelt, daß sie sich ohne Beteiligung öffentlicher Behörden kaum bewerkstelligen läßt. In Württemberg insbesondere hatte das System zu einer sehr weitgehenden Bevormundung durch die Teilungsbehörden geführt. Die Errungenschaftsgemeinschaft hat deshalb, so gerecht ihr Ausgangspunkt zu sein scheint, in anderen deutschen Gebieten, in denen man weniger Freude am Schreibereiwesen und an der Einmischung der Notare hat als in Württemberg, sich keiner besonderen Beliebtheit erfreut. Weder in Deutschland noch in der Schweiz konnte man daran denken, sie als gesetzliches Güterrecht aufzunehmen. Nur durch Ehevertrag soll sie vorbeigeführt werden können.

In anderer Weise sucht nun der Schweizer Gesetzgeber jenem Billigkeitsbedürfnis gerecht zu werden. Er läßt die Einkünfte aus beiden Vermögen sowie allen Erwerb, der nicht auf selbständiger Arbeit oder Berufstätigkeit der Frau beruht, in das Eigentum des Mannes fallen, schreibt aber vor, daß bei Beendigung der Ehe an dem sogen. „Vorschlag", d. h. an dem, was nach Abzug der Schulden und beider Beibringen[1]) übrig bleibt, der Frau und ihren Nachkommen — nicht andern Erben — ein bestimmter Anteil zukommen soll[2]). Im

[1]) So wie sich dieselben einschließlich etwaiger Werterhöhungen stellen.

[2]) A. 154 Abs. 2, 189 Abs. 2, 214, A. 240, anders für die Gütergemeinschaft.

Zweifel, d. h. wenn nichts anderes ausgemacht ist, soll, wie man nach längerem Schwanken mit Rücksicht auf die vorwiegende Erwerbstätigkeit des Mannes festsetzte, der Anteil ein Drittel des Vorschlags betragen. Eine Einbuße an ehelichem Vermögen, der sogen. Rückschlag, ist von der Frauenseite nur zu tragen, soweit die Frau ihn nachweislich verursacht hat. Allerdings ist es zur Berechnung des Vorschlags und Rückschlags auch nötig, die Beträge des ursprünglichen beiderseitigen Beibringens, sowie etwaiger späterer Vermehrungen derselben, zu kennen. Dazu ist jedoch nicht wie bei der Errungenschaftsgemeinschaft eine fortlaufende Verrechnung von drei Vermögensmassen erforderlich. Es genügt, wenn nach Ausscheidung des Frauenguts der Wert des Beibringens von der Mannesseite festgestellt werden kann. Jede Seite trägt die Beweislast für ihr Beibringen bezw. dessen Wert und mag dafür bei Zeiten Vorsorge treffen. Auch das Verhältnis nach außen zu den Gläubigern ist bei dieser Normierung sehr viel einfacher gestaltet als bei der Errungenschaftsgemeinschaft.

Eine gerechtere und mehr dem humanitären Zug der Zeit Rechnung tragende Regelung als im BGB. hat ferner das Rechtsverhältnis der unehelichen Kinder gefunden[1]). Sowohl die Voraussetzungen als der Inhalt der Vaterschaftsklage sind für das uneheliche Kind und dessen Mutter erheblich günstiger gestaltet als in Deutschland. Sehr weit geht die Bestimmung, daß unter Umständen, nämlich bei Eheversprechen, Delikt und Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses, das Kind dem Vater mit Standesfolge zugesprochen werden kann, so daß es dessen Namen sowie das Erbrecht und die Unterhaltsansprüche eines ehelichen Kindes erhält[2]).

Des Näheren ist auf diese Fragen nicht einzugehen, ebensowenig auf die Wiederbelebungsversuche, die das schweizerische

---

[1]) A. 302 ff.
[2]) A. 325.

Zivilgesetzbuch mit den deutsch-rechtlichen Instituten der Erbengemeinderschaft und der Heimstätten vornimmt[1]). Immerhin wird es nicht uninteressant sein zu sehen, wie namentlich das auch bei uns von mancher Seite lebhaft befürwortete Heimstättenrecht sich in der schweizerischen Praxis erproben wird.

Im Erbrecht ließe sich eine Reihe von Materien aufzählen, in denen die Technik des Schweizer Gesetzes vorteilhaft von derjenigen unseres BGB. absticht, so vor allem die Erbenhaftung und das Pflichtteilsrecht. Dagegen stimmen die Grundgedanken im wesentlichen auf beiden Seiten überein — mit einer wichtigen Ausnahme. Während das deutsche Recht der gesetzlichen Verwandtenerbfolge keine Grenzen setzt, sondern auch den entferntesten Grad noch einrücken läßt, erbt nach künftigem Schweizerrecht nur noch der Stamm der Großeltern, d. h. die Großeltern selbst und was von ihnen abstammt. Vom Stamm der Urgroßeltern erhalten nur noch diese in Person sowie die Großoheime und Großtanten Nutznießungsrechte an den auf ihre Stämme entfallenden Anteilen[2]). Sind solche Blutsverwandte, Adoptivdeszendenz, oder ein überlebender Ehegatte nicht vorhanden, so erbt bei Ermangelung eines Testaments das Gemeinwesen, d. h. der Kanton oder eine von ihm als berechtigt bezeichnete Gemeinde[3]).

Darüber, daß der prinzipielle Standpunkt des Schweizerischen Gesetzbuchs der richtigere ist, wird heutzutage auch in Deutschland ein Zweifel kaum mehr bestehen. Seit der Zeit, da uns eine kleine Majorität in der Kommission des Reichtags entgegen der Regierungsvorlage mit jenem schrankenlosen Intestaterbrecht der Blutsverwandten beschenkt hat, dürften sich die Anschauungen doch wohl von Grund aus geändert haben. Die in der Reichstagskommission zu Gunsten des überlebten justinia-

[1]) A. 336 ff. 349 ff.
[2]) A. 460.
[3]) A. 466.

neischen Rechtssatzes vorgebrachten Gründe sind längst in ihrer ganzen Nichtigkeit erkannt und kritisiert. In einer Zeit, die mehr und mehr auf die Entwicklung und den Ausbau der Erbschaftssteuern hindrängt, muß auch die Ueberzeugung Fuß fassen, daß das Gemeinwesen, Staat und Gemeinde, dem Nachlaß näher stehen als entfernte Blutsverwandte, die in gar keiner persönlichen Beziehung zum Erblasser mehr sich befinden, die ihn und ihre Verwandtschaft mit ihm womöglich nicht einmal kannten, denen somit die Erbschaft lediglich als ein Geschenk des Zufalls in den Schoß geworfen wird. Der neuerdings immer stärker hervortretende erzieherisch wirkende Gedanke, daß man der Zugehörigkeit zum Gemeinwesen die Möglichkeit der Vermögensbildung überhaupt erst verdankt und daß deshalb dieses Gemeinwesen auch unter den Anwärtern aufzutreten berechtigt ist, wird schärfer zum Ausdruck gebracht, wenn man diese Anwartschaft, wie das Schweizer Gesetzbuch es tut, als wirkliches Erbrecht und nicht als eine Aneignung herrenlosen Gutes kraft staatlicher Hoheit bezeichnet. Eine andere Frage ist, ob unserer deutschen Auffassung der Schnitt, so wie er gemacht wurde, nicht zu radikal erscheint. Trotz der unzweifelhaften Lockerung des Familienzusammenhangs, die wir gegenüber früheren Zeiten beobachten können, und die vor allem durch das starke Fluktuieren der Bevölkerung sich erklärt, wird sich doch behaupten lassen, daß zwischen Verwandten der urgroßelterlichen Parentel, also z. B. zwischen den Kindern von Geschwisterkindern, häufig noch sehr nahe persönliche Beziehungen bestehen, die ein Erbrecht wohl rechtfertigen. Daß solche Verwandte tatsächlich zur Erbfolge berufen werden, ist ja wohl allerdings ein seltener Fall.

Zeitweise war dem Redaktor des Schweizerischen Gesetzbuchs der Gedanke aufgetaucht, das Erbrecht des Gemeinwesens noch stärker zu betonen, indem ein solches auch konkurrierend mit dem Erbrecht der näheren Blutsverwandten anerkannt wurde. Es sollte das, was sonst in Gestalt einer Erbschafts- oder Nachlaßsteuer aufzutauchen pflegt, in Form

eines Erbrechts gebracht werden, um auf diese Weise leichter mit dem allgemeinen Rechtsbewußtsein zu verwachsen. Dieses konkurrierende Erbrecht war mit einem Pflichtteilsrecht versehen und im einzelnen sinnreich ausgebaut. Der ganze Gedanke erwies sich jedoch dem Erbschaftssteuerrecht der Kantone gegenüber als undurchführbar. Er wurde schon in den Departementalentwürfen zu einer Ermächtigung an die Kantone abgeschwächt, ein solches Erbrecht des Gemeinwesens einzuführen, und ist nunmehr aus dem Gesetz ganz verschwunden.

Aus dem großen Gebiet des Sachenrechts, dessen Einzelheiten dem allgemeinen Interesse ferner liegen, können nur wenige Punkte Erwähnung finden. Beachtenswert sind unter anderem auch hier die Vorstöße gegenüber dem öffentlichen Recht bei der Normierung des Grundeigentums. So wird z. B. der auch bei uns dem Volksempfinden entsprechende Satz privatrechtlich fixiert, daß das Betreten von offenem Wald und offener Weide, sowie das Sammeln von Beeren und Pilzen daselbst, frei sein solle, und von den zuständigen Behörden nur durch bestimmt umgrenzte Verbote im Interesse der Kulturen beschränkt werden dürfe[1]). So wird ferner im Zivilgesetzbuch das Recht der Zwangsverbindung der Grundeigentümer zur gemeinsamen Durchführung von Bodenverbesserungen aller Art geordnet[2]), es werden allgemeine Grundsätze darüber aufgestellt, inwieweit im Privateigentum stehende Gewässer, wie Quellen, Brunnen und Bäche, der Benützung durch andere freizugeben oder gegen Entschädigung für Unternehmungen des allgemeinen Wohls, Trinkwasserversorgungen, Hydrantenanlagen und dergleichen, abzutreten sind[3]). Zum Teil allerdings wird hier auf das kantonale Recht verwiesen, aber es werden doch bestimmte Richtlinien für dieses gegeben, ein Verfahren, das vielleicht auch bei uns in weiterem Umfang, als

[1]) A. 699.
[2]) A. 703.
[3]) A. 709, 711, 712.

geschehen, hätte zur Anwendung gebracht werden können. Die Eroberungen des Schweizer Zivilgesetzbuchs auf solchen Grenzgebieten des privaten und öffentlichen Rechts dürften gerade durch das Bedürfnis, in diesen wichtigen Dingen einheitliche Grundlagen zu schaffen und durch die Schwierigkeit, dies anders als im Anschluß an die Zivilgesetzgebung zustande zu bringen, hervorgerufen sein.

Ebenfalls an der Grenze des öffentlichen Rechts liegt die auch bei uns namentlich von akademischen Kreisen so sehnlich herbeigewünschte, in den meisten Partikularrechten aber noch fehlende Bestimmung, daß herrenlose Naturkörper und Altertümer von erheblichem wissenschaftlichem Wert ins Staatseigentum fallen sollen, wobei der berechtigte Kanton des Fundorts Grundstückseigentümer und Finder in angemessener Weise zu entschädigen hat[1]).

Interessant ist sodann auf dem Gebiet des Fahrnisrechts der Versuch, die Naturkräfte, die der menschlichen Herrschaft unterworfen werden können und nicht, wie z. B. die Wasserkraft, zu den Grundstücken gehören, vor allem also die Elektrizität, den Grundsätzen über das Fahrniseigentum zu unterstellen. Das Gesetz kommt damit einer in juristischen und namentlich naturwissenschaftlichen Kreisen weit verbreiteten und mit großer Lebhaftigkeit verteidigten Auffassung entgegen. Inwieweit diese Auffassung auf dem Boden des Privatrechts durchgeführt werden kann, — von der Frage der Bestrafung des Elektrizitätsdiebstahls sehen wir einmal ab — wird allerdings erst die Erfahrung lehren müssen.

Von ganz grundlegender Bedeutung für den Kreditverkehr sind die Normen, welche das Gesetzbuch über die rechtsgeschäftliche Uebertragung des Fahrniseigentums und in Zusammenhang damit über die Fahrnisverpfändung aufstellt[3]). Die Anschau-

---

[1]) A. 724.

[2]) A. 713.

[3]) Zu vergl. zum Folgenden A. 714—717, 884—886, 933—936.

ungen hierüber haben zum Teil im Lauf der Gesetzgebungsgeschichte gewechselt. Es handelt sich um zwei Hauptprobleme, einmal um das Verhältnis des gutgläubigen Erwerbers einer dem Veräußerer nicht gehörigen oder nicht zu seiner Verfügung stehenden Sache gegenüber dem wahren Eigentümer, ferner um die Regelung des Interessenkonflikts zwischen den gewöhnlichen Gläubigern des Besitzers einer beweglichen Sache und denjenigen Personen, die sich die Sache haben verpfänden oder in einer nach außen unerkennbaren Weise zu Eigentum übertragen lassen. Daran schließt sich unmittelbar an der Konflikt zwischen den Zwangsvollstreckung suchenden Gläubigern und etwaigen Verkäufern, die sich zur Deckung ihrer Kaufpreisforderung Eigentum an dem verkauften Gegenstand vorbehalten haben.

In Bezug auf den Schutz des gutgläubigen Erwerbers steht das Schweizerische Gesetzbuch im wesentlichen auf demselben Boden wie unser Recht, nur verstärkt es die Position des Erwerbers noch dadurch, daß es bei der widerrechtlichen Veräußerung anvertrauten Guts schlechthin den guten Glauben an die Veräußerungsbefugnis des Besitzers schützt[1]) und daß es bei gestohlenen oder sonst unfreiwillig abhanden gekommenen Sachen das Vindikationsrecht des Bestohlenen zeitlich beschränkt und in einer Reihe von Fällen, so vor allem bei der gewerblichen Veräußerung durch einen Kaufmann von einer Erstattung des erlegten Kaufpreises abhängig macht. Darüber, ob diese letztere Regelung den Vorzug vor der unsrigen verdient, läßt sich streiten.

Was den Schutz der Gläubiger anlangt, so gehen beide Rechte übereinstimmend von dem Prinzip aus, daß die Verpfändung von Mobiliar nur in einer von außen her erkenn-

[1]) Das ist bei uns bekanntlich nur bei der gewerblichen Veräußerung eines Kaufmanns der Fall (HGB. 366), während im gewöhnlichen bürgerlichen Verkehr nur der Glaube an das eigene Recht des Veräußerers geschützt wird.

baren Weise erfolgen dürfe. Regelmäßig wird dieses Erfordernis der „Publizität" dadurch gewahrt, daß dem Pfandgläubiger oder einem Dritten für ihn der Besitz der Pfandsache überlassen wird. Das Schweizer Gesetz läßt außerdem bei Verpfändung zu Gunsten gewisser Geldinstitute und Kreditgenossenschaften eine dem deutschen Recht unbekannte Fahrnisverschreibung zu, bei der ein Eintrag in ein Verschreibungsprotokoll unter Anzeige an das Schuldbeitreibungsamt erfolgt. Der Sinn dieses Publizitätsprinzips ist, daß man gemeinhin soll annehmen können, die Gegenstände, die jemand in seinem Haushalt oder Gewerbebetrieb hat, dienen nicht zur Sicherung spezieller Schuldtitel, sondern bilden im Fall einer Schuldbeitreibung taugliche Exekutionsobjekte. Will man dieses Prinzip konsequent zur Durchführung bringen, so muß man auch entsprechend die ohne Besitzübergabe erfolgenden Sicherungsübereignungen, die in verschiedenfacher Weise zur Umgehung jenes Verbots der Mobiliarhypothek benützt werden, verhindern. Sonst wird der Kreditsuchende, statt einen Gegenstand zu verpfänden, das Eigentum an ihm unter Beibehaltung des Besitzes und unter der Verabredung übertragen, daß dasselbe nach Zahlung einer bestimmten Summe zurückübertragen werden müsse. In der Richtung desselben Gedankens muß es auch liegen, den Eigentumsvorbehalt, der zum Zweck der Sicherung des Kaufpreises gemacht wird, entweder zu verbieten oder dem Publizitätsprinzip zu unterstellen. Während nun das deutsche Recht solche Eigentumsvorbehalte ohne weiteres zuläßt, schließt sie das Schweizer Gesetz beim Viehverkaufe gänzlich aus und bindet sie im übrigen an einen Eintrag in ein vom Schuldbeitreibungsbeamten zu führendes öffentliches Register, so daß man bei zweifelhaften Kreditverhältnissen sich durch Einblick in dieses Register überzeugen kann, ob neu angeschaffte Sachen des Schuldners unter einem solchen Eigentumsvorbehalt stehen [1]. Die Sicherungsübereignungen, die zur Benachteiligung

[1]) A. 715.

Dritter oder zur Umgehung der Vorschriften über das Faustpfand dienen sollen, erklärt das Schweizer Gesetz den Dritten gegenüber für unwirksam [1]). Die Praxis unserer Gerichte dagegen hat nach längerem Schwanken die Umgehungsgeschäfte als rechtsgültig anerkannt. — Es wird keinem Zweifel unterliegen, daß das schweizerische Recht hier konsequenter verfährt als das deutsche. Damit ist freilich die Frage noch nicht erledigt, ob bei solcher Normierung die Bedürfnisse des kreditsuchenden Publikums, die bei uns allmählich zu der Anerkennung der Sicherungsübereignung gedrängt haben, genügend befriedigt werden und ob in unseren Verhältnissen der Kreditkauf, bei dem der Verkäufer bis zur völligen Kaufpreiszahlung seine Deckung in der verkauften Sache sucht, eine solche Formerschwerung ertragen könnte, abgesehen davon, daß zu den vielen schon geführten Registern noch ein weiteres treten müßte.

In mustergültiger Weise hat das Gesetzbuch das Grundpfandrecht geregelt [2]). In deutlicher Abgrenzung und klaren Umrissen treten die 3 Hauptformen des Grundpfands, die Grundpfandverschreibung, der Schuldbrief und die Gült einander gegenüber, jede wieder anderen Verkehrsbedürfnissen entsprechend. Die auf die Sicherung persönlicher Ansprüche zugeschnittene, vor allem auch bei Kautionsleistungen verwendbare Grundpfandverschreibung ist zwar an einen Bucheintrag geknüpft, zu ihrer Geltendmachung ist jedoch immer die Darlegung des persönlichen Schuldverhältnisses erforderlich, für dessen Existenz der Verpfändungsakt selbst keinerlei Beweis erbringt. Kann ja doch die Forderung, für die eine Grundpfandverschreibung bestellt wird, erst in der Zukunft in Aussicht genommen und in ihrem Betrag zunächst noch ganz unbestimmt sein. Der auf Begehren des Gläubigers auszu-

[1]) A. 717. Ob eine solche Absicht zu unterstellen ist, darüber hat das „freie richterliche Ermessen" oder richtiger gesagt die freie Beweiswürdigung des Richters zu entscheiden.

[2]) A. 793—883.

fertigende Grundbuchsauszug dient nur zum Beweis der Verpfändung selbst und hat nicht den Charakter eines Wertpapieres [1]). Man kann das also entstehende Verhältnis als ein rein akzessorisches bezeichnen: das Grundstück haftet mit seinem Werte für die Erfüllung der persönlichen Schuld. Im Gegensatz dazu bezwecken die beiden andern Formen zugleich eine Mobilisierung des Bodenwerts zum Zwecke der Kreditgewinnung. Der Pfandgläubiger soll eine Urkunde in die Hand bekommen, die ihn seinerseits wieder in die Lage setzt den Wert, für den er sein Geld gegeben hat, durch Weiterveräußerung seines Rechts sofort zu realisieren. Dazu ist notwendig, daß der gutgläubige Erwerber des verbrieften Rechts auf die Rechtswirksamkeit des Pfandtitels vertrauen darf und nicht etwa der Einrede, das Geld sei nicht ausbezahlt oder der Pfandbesteller sei vom ersten Pfandnehmer betrogen worden, gewärtig sein muß. Die Zirkulationsfähigkeit der betreffenden Titel wird noch erheblich erhöht, wenn durch Schätzungen und Aufstellung von Beleihungsgrenzen Garantien für deren reellen Wert gegeben sind. Am vollkommensten wird nun dieser Zweck erreicht bei der sog. Gült, bei der bundesrechtlich eine Schätzung sowie eine Beleihungsgrenze von zwei Dritteln des Grundstückwerts vermehrt um die Hälfte des Werts der Bauten eingeführt, vor allem aber eine Haftung des Kantons für die Richtigkeit der Schätzung vorgeschrieben ist. Infolge dieser Maßregeln wird in der Schweiz die Gült den höchsten Grad von Sicherheit gewähren, so daß auf eine daneben herlaufende persönliche Haftung ganz verzichtet und der Gültbrief je nach Lage des Falls zum börsengängigen Papier gestempelt werden kann, was bekanntlich bei der deutschen Grundschuld ein frommer Wunsch geblieben ist. Der Schuldbrief, im wesentlichen unserer deutschen Verkehrshypothek entsprechend, läßt neben der Pfandhaftung des Grundstücks ein persönliches

---

[1]) A. 824, 825.

Schuldverhältnis einhergehen, das jedoch von dem ursprünglichen Schuldentstehungsgrund losgelöst, und zur selbständigen Wertpapierobligation ausgestaltet wird. Schätzungen und Beleihungsgrenzen können durch das kantonale Recht, dem indessen bez. der Beleihungsgrenzen Vorsicht anzuempfehlen ist, eingeführt werden. Auch hier dürfte die Regelung im einzelnen derjenigen der deutschen Verkehrshypothek vorzuziehen sein.

Doch genug nun der Einzelheiten! So wertvoll derartige Vergleichungen für etwaige künftige Gesetzgebungsarbeiten sein mögen, so haben sie doch für uns entfernt nicht die unmittelbare Bedeutung, die der Stellungnahme des Gesetzbuchs zu den grundsätzlichen Fragen der Gesetzgebungstechnik zukommt. Zwei Hauptgesichtspunkte bieten sich hier dem prüfenden Blicke dar. Es handelt sich einmal um das Verhältnis des Gesetzes zu den Rechtsuntertanen, und weiter um sein Verhältnis zu der richterlichen Tätigkeit. „Gesetz und Volk" und „Gesetz und Richteramt" sind die beiden Kardinalfragen jeder Gesetzgebungstechnik. Sie stehen nicht zusammenhanglos nebeneinander. Es ist klar, daß die Fassung eines Gesetzes um so volkstümlicher sein kann, je weniger es sich mit kasuistischer Detailregulierung abgibt, je mehr es der richterlichen Ergänzung überläßt. Umgekehrt wird man aber auch behaupten können, je besser es dem Gesetzgeber gelingt, die in dem Volk lebendigen Ueberzeugungen auf einen klar formulierten Ausdruck zu bringen, um so mehr kann ohne Gefahr der Willkür richterlicher Würdigung der konkreten Umstände überlassen werden.

Jedes Zivilgesetzbuch wendet sich in erster Linie an die Rechtsuntertanen, deren Handel und Wandel es regeln und beeinflussen will. Daraus darf nun aber nicht gefolgert werden, daß das Gesetz schlechthin, Artikel für Artikel, dem Verständnis jedes Laien, oder wenigstens des mit den Lebensverhältnissen, die gerade geregelt werden sollen, vertrauten Laien, angepaßt sein müßte. Dies wäre bei der komplizierten Ge-

staltung des modernen Rechtsverkehrs zum Teil überhaupt nicht, zum Teil nur dadurch zu erreichen, daß man in dem Bestreben, überall möglichst konkret zu sprechen, eine ungeheure Ausdehnung des Gesetzbuchs in den Kauf nähme. Unmöglich kann man ganz auf die Vereinfachungen der Darstellung verzichten wollen, die seitens der Zivilrechtswissenschaft durch Abstrahieren allgemeiner Sätze aus dem konkreten Material, durch Ausprägung bestimmter technischer, dem allgemeinen Verständnis nicht immer ohne Weiteres zugänglicher Begriffe erreicht worden sind. Der Gesetzgeber wird ja doch immer damit rechnen können, daß das Leben für die Verbreitung der Kenntnis seiner Bestimmungen sorgt, daß es unendlich viele Adern und Kanäle gibt, durch welche diese Kenntnis dem Einzelnen zufließt.

Jedenfalls aber bleibt, daran ist festzuhalten, die möglichste Allgemeinverständlichkeit ein Ziel, das dem Gesetzgeber stets vor Augen schweben muß. Je größer sie ist, desto mehr wird das Gesetz mit dem Allgemeinbewußtsein verwachsen und die Sympathien der Bevölkerung zu gewinnen vermögen, um so unmittelbarer wird die Wirkung da sein, wo ein erziehlicher Einfluß beabsichtigt ist. Welche Vorteile es bietet, wenn vor allem die Leitsätze in möglichst allgemeinverständlicher und zugleich prägnanter leicht dem Gedächtnis sich einprägender Fassung aufgestellt werden, das hat die Anhänglichkeit der Bevölkerung nicht bloß französischer, sondern auch deutscher Rechtsgebiete an den Code Napoleon bewiesen. — Doppelt ist natürlich auf die Ausdrucksweise zu achten, wo, wie mehrfach in der Schweiz, Laienrichter zur Mitwirkung auch in der Zivilrechtsprechung berufen sind.

Ueber die Abwägung der verschiedenen Gesichtspunkte, Verständlichkeit und konkreter Ausdruck auf der einen, Vereinfachung der Darstellung und Ausdehnung der Tragweite der Bestimmungen durch Abstraktion auf der anderen Seite, werden sich wohl niemals allgemeine Grundsätze formulieren

lassen. Die Abhängigkeit des Vorgehens von der Gewöhnung und den gesamten Kulturverhältnissen des Volkes ist einleuchtend. Auch wird hier immer mehr die glückliche Intuition als bewußte Reflexion das entscheidende Wort sprechen. Fein entwickeltes Sprachgefühl und Vertiefung in die beim Volk lebendigen Rechtsvorstellungen werden vielfach zu einer Vermeidung der alternativen Fragestellung zu führen vermögen.

Daß der Anordnung und Fassung des Schweizer Zivilgesetzbuchs das größte Lob zu spenden ist, wird so viel ich sehe, allgemein anerkannt[1]). Man wird aber noch einen Schritt weiter gehen und sagen dürfen, daß es unter den neueren Kodifikationen des Privatrechts unerreicht dasteht und geradezu vorbildlich zu wirken im Stand ist. Den Code Napoleon übertrifft es nicht nur durch den Reichtum des Inhalts, sondern auch durch seine größere Präzision sowie die Uebersichtlichkeit seines Systems. Richtet man den Blick aufs Ganze, so treten, und zwar auch für das ungeübte Auge, die einzelnen Rechtsinstitute und Normengruppen so deutlich und scharf umrissen heraus, wie sich an einem hellen Sommerabend von Bern aus gesehen die Gebirgszüge und Hochalpengipfel des Oberlands von einander abheben. In dieser seiner Klarheit, in der Kraft und Schlichtheit seiner Sprache ist das Gesetzbuch ein volkstümliches im besten Sinn des Worts. Das dankt es vor allem der einheitlichen Redaktion und der Darstellungs- und Formulierungskunst seines Verfassers. Wohl war diese Formulierungskunst geschult durch das vergleichende Studium zahlreicher Kodifikationen, wohl konnten die bei der Abfassung des deutschen BGB. gemachten Erfahrungen positiv und negativ verwertet werden, auch mochte die Vertrautheit mit französischer Eleganz und Prägnanz des Ausdrucks, wie

[1]) Daran ändern auch die, übrigens nur teilweise berechtigten, Ausstellungen Weyls (a. a. O. S. 274, 283, 289) nichts.

sie dem Schweizer Juristen von Haus aus eignet, sowie die stetige Kontrolle der Formulierung durch die mehrsprachige Fassung, das Ihrige zu dem Erfolge beitragen. Das entscheidende Gewicht wird in solchen Fällen immer auf die natürliche sprachliche Begabung fallen, die bei Huber in ganz anderem Maße vorhanden war als bei den Redaktoren des BGB. Welch große Sorgfalt übrigens auf den Ausdruck verwendet wurde, wie der Verfasser auch wo kein äußerer Anstoß vorlag, nicht ruhte, bis er den besten Ausdruck gefunden zu haben glaubte, zeigen mehrfache Beispiele, vor allem der bedeutsame erste Einleitungsartikel, dem noch eine eingehendere Betrachtung zu widmen sein wird.

Keiner Gesetzgebungskunst wird es jemals gelingen, alle Zweifel und Auslegungsschwierigkeiten durch die Fassung zu beseitigen. Sie werden auch gegenüber dem Schweizer Zivilgesetzbuch auftauchen. Denn ganz abgesehen von dem Erdenrest menschlicher Unvollkommenheit, der jedem Gesetzgeber zu tragen peinlich bleibt, wird es immer unmöglich sein, den Reichtum des Lebens in feste Begriffe zu bannen. Nicht nur mit jener Lückenhaftigkeit ist zu rechnen, die auf der Unübersehbarkeit der tausendfältigen Kombinationen von tatsächlichen Vorgängen, wie sie das Leben hervorbringt, beruht, sondern vor allem auch damit, daß die realen Erscheinungen sich in weitem Umfang nur durch minimale Unterschiede von einander abheben. Dies führt notwendig zu fließenden Grenzen der Begriffe und damit wiederum verbindet sich von selbst eine gewisse Unsicherheit der Handhabung. Diese Tatsachen klar und fest ins Auge gefaßt zu haben ist ein Hauptverdienst des Schweizer Gesetzgebers. Die Plastik und Volkstümlichkeit seiner Sprache ist wesentlich dadurch mitbedingt, daß er sich von der Ueberschätzung der technischen Begriffe und von dem Bestreben, durch zu weit getriebene Abstraktion möglichste Vollständigkeit zu erreichen, freigehalten hat. Er hat in der Erkenntnis, daß das Leben nur durch einen mitten in ihm

stehenden Faktor gemeistert werden kann, der Rechtsprechung den ihr gebührenden Raum zugeteilt.

Damit sind wir bei einer Frage angelangt, die wie keine andere zur Zeit in unserer Wissenschaft die Gemüter bewegt, bei der Frage nach der Stellung des Gesetzes zur rechtschöpfenden richterlichen Tätigkeit. Wiederholt ist in dem Streit zwischen der klassischen Auffassung, welche ausgeht von der logischen Geschlossenheit und Lückenlosigkeit des Rechts und der modernen Richtung, welche in verschiedenen Abstufungen und Schattierungen auf die lückenergänzende oder auch umbildende Willenstätigkeit des Richters abstellt, der Standpunkt des schweizerischen Gesetzgebers ins Feld geführt worden. (Man kannte diesen Standpunkt schon seit längerer Zeit aus den Entwürfen.) Insbesondere pflegen die Freirechtler und Subjektivisten den schweizerischen Gesetzgeber als Kronzeugen zu zitieren. Dabei wird nicht so sehr auf die Gesamthaltung des Gesetzbuchs und deren Begründung durch Huber in seinen Erläuterungen und in der Geschichte des schweizerischen Privatrechts Bezug genommen, — diese Ausführungen sind noch nicht überall genügend bekannt — als auf die ausdrücklich formulierten Leitsätze, welche in dem A. 1 an die Spitze des ganzen Gesetzbuchs gestellt sind.

Dieser Artikel 1 lautet:

„Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

Er folgt dabei bewährter Lehre und Ueberlieferung."

In diesen Sätzen ist ja nun freilich die Lückenhaftigkeit nicht bloß des Gesetzes, sondern überhaupt des gesamten positiven Rechts unter Einschluß des Gewohnheitsrechts anerkannt.

Wo der Richter gesetzgeberische Erwägungen anstellen soll, da fehlt es notwendig an einer ihn äußerlich und formell bindenden Autorität. Nicht ergibt sich daraus, daß die dem Richter also anvertraute Rechtschöpfung eine völlig ungebundene, rein subjektivistische wäre. Die Meinung ist immer noch, daß er auf einen Maßstab des objektiv Richtigen hingewiesen werden soll, mag dieser nun aus einem sozialen Ideal auf deduktivem Weg abgeleitet oder nach evolutionistischer Auffassung nur unter Zuhilfenahme der Zeitanschauungen entwickelt werden können. Bildet man einen weiteren Begriff der Rechtsordnung, in den man jene ganze Summe von Erwägungen, die die richterliche Ueberzeugung bestimmen können, hereinzieht, geht man von der Anschauung aus, daß das Vernünftige, den herrschenden Rechtsanschauungen Entsprechende, ebenfalls schon im Sinn der Rechtsordnung liege, so ist es möglich, zu der Theorie von der Lückenlosigkeit des Rechtsganzen zu gelangen. Man setzt dabei ein bestimmtes Resultat jener Forschung nach Recht und Billigkeit schon als gegeben voraus. Gegen diese Theorie läßt sich nur einwenden, einmal, daß die also ermittelten angeblichen Rechtssätze doch einen ganz anderen Charakter tragen, als die formell bindenden Normen des Gesetzes und Gewohnheitsrechts [1]). Ferner wird wohl nicht zu verkennen sein, daß es immerhin Fälle gibt, in denen die objektiven Gründe versagen und notgedrungen eine subjektive Willensentscheidung gefällt werden muß. Sind auch die Fälle selten, in denen der Richter bewußt zu diesem letzten Auskunftsmittel greift, so läßt doch das Verfahren, mittelst dessen er zu seinen Resultaten gelangt, objektiv betrachtet, an Sicherheit oft viel zu wünschen übrig. Jene Resultate können so zweifelhaft und umstritten sein, daß die Annahme, es gebe hier einen bestimmten Sinn der Rechtsordnung, mehr oder minder als Fiktion erscheint [2]).

[1]) Man kann auch mit Gmür a. a. O. von Rechtssätzen niederen Grades reden (s. S. 79, 110 und passim).

[2]) Nach dem Ausgeführten dürfte sich übrigens der Streit um

Die Voraussetzung des Gesetzbuchs, daß jedenfalls die positive Rechtsordnung Lücken enthalte, ist unbestreitbar. Sie sind, wie längst eingesehen, in gewissem Sinn schon vorhanden, wo das Gesetz auf Treu und Glauben, auf die Billigkeit, das richterliche Ermessen, die Würdigung der Umstände abstellt. Das Schweizer Gesetzbuch, das von diesem Mittel ebenfalls wiederholt, wenn auch nicht mehr so häufig wie der Vorentwurf, Gebrauch macht[1]), unterscheidet diese Fälle von den andern, in denen der Richter nach Art des Gesetzgebers funktionieren soll. Der Artikel 4 besagt, daß überall, wo das Gesetz den Richter auf sein Ermessen, die Würdigung der Umstände oder wichtige Gründe verweise, nach Recht und Billigkeit entschieden werden müsse. Die Sonderstellung ist in der Tat gerechtfertigt. Denn einmal liegt ja eine formelle Gesetzeslücke nicht vor. Außerdem aber sind die Fälle sehr verschieden gelagert. Zum Teil handelt es sich beim richterlichen Ermessen lediglich um eine freie Beweiswürdigung[2]), daneben und außerdem um die konkrete Bestimmung innerhalb eines vom Gesetz gesteckten Rahmens. In solchen Fällen, z. B. wenn der Richter nach seinem Ermessen eine Schadensersatzsumme auswerfen soll, wäre ja offensichtlich die Anweisung, man habe nach der Regel zu entscheiden, die man als Gesetzgeber aufstellen würde, nicht zu brauchen. Anderwärts aber, z. B. bei der Würdigung, was ein wichtiger Grund zur Absetzung von Vereinsorganen oder zur Aufhebung eines Verlöbnisses sei, müssen allerdings selbständige Interessenabwägungen vorgenommen werden, bei denen die Methode des Vorgehens mit der vom Gesetzgeber zu beobachtenden vollständig zusammenfällt.

Zweifellose Gesetzeslücken sind nun aber vor allem auch

---

die Lücken im Recht nicht unerheblich reduzieren.

[1]) So z. B. A. 334 Abs. 2, 717 Abs. 2, 633, 692 Abs. 2, 65 Abs. 3, 92 u. a.

[2]) So in 717 Abs. 2.

da vorhanden, wo bestimmte Tatbestände überhaupt nicht von den Gesetzen berücksichtigt sind, sei es deshalb, weil sie zur Zeit des Gesetzes nicht bekannt waren, sei es, weil man sie nicht überschaute oder aus irgend einem Grund nicht mit bestimmten Normen zu erfassen unternahm. Sie sind ferner vorhanden, wo innerhalb einer vom Gesetz aufgestellten Norm mehrere Möglichkeiten der Entscheidung offengelassen werden[1]). Diesen Fällen müssen wohl oder übel die anderen in der Behandlung gleichgestellt werden, in denen der Sinn des Gesetzes so zweideutig ist, daß die Auslegung zu einem sicheren Resultat nicht zu gelangen vermag. Man wird dabei weniger an die Interpretation einer einzelnen Bestimmung als an das Zusammenreimen mehrerer Normen zu denken haben.

Damit aber nicht genug, man wird auch die Fälle heranzuziehen haben, in denen zwar nach dem Wortlaut des Gesetzes eine Entscheidung gegeben zu sein scheint, nachweislich aber eine entsprechende Interessenabwägung nicht stattgefunden hat. Hier gelangt man allerdings zu sehr zweifelhaften und umstrittenen Fragen. Der Sinn des Gesetzes kann der sein, daß sämtliche Konsequenzen der gebrauchten technischen Formulierung gezogen werden sollen, unbekümmert darum, ob man diese Konsequenzen übersehen hat oder nicht. Man nimmt, das wird namentlich vorkommen können, wo keine erheblicheren Wertungen in Frage stehen, auch nicht bedachte Interessenabwägungen in den Kauf aus Gründen der logischen Geschlossenheit der Normierung. In anderen Fällen aber würde man sich an dem wahren Sinn des Gesetzes versündigen und Buchstabendienst schlimmster Sorte treiben, wenn man sich strikt an die technische Formulierung halten wollte. Darüber, wann die eine und wann die andere Auslegung zu Grunde zu legen ist, werden sich schwer allgemeine Regeln aufstellen lassen, da Zeit

[1]) S. Kipp-Windscheid II 23 N. 1b und meine Rede über Bernhard Windscheid und seinen Einfluß auf Privatrecht und Privatrechtswissenschaft S. 26.

und Gesamtcharakter des Rechtszustands von entscheidendem Einfluß sind. Zu der Ablehnung der Konsequenzziehung aus dem Wortlaut wird man am ehesten geneigt sein, wo aus andern Interessenabwägungen des Gesetzes selbst sich die Unhaltbarkeit der auf diesem Weg entwickelten Resultate ergibt, wo man sich demnach vom Boden der Auslegung nicht zu entfernen braucht. Allein man wird dabei nicht stehen bleiben dürfen, sondern wo erhebliche Werte in Frage kommen, immer wieder die Präsumption des vernünftigen Gesetzgebers durchschlagen lassen und sagen, eine so zweckwidrige Entscheidung kann das Gesetz nicht gewollt haben. Je empfindlicher und feiner das Rechtsgefühl wird, desto weniger wird man sich bei materiell nicht einleuchtenden Entscheidungen beruhigen. So wird man denn für ein entwickeltes Recht sogar zu der Auslegungsregel gelangen können, daß nicht bedachte, insbesondere in der vorausgegangenen Praxis noch nicht berücksichtigte Interessenkollisionen im Zweifel nicht als durch die Ausdrucksweise normiert gelten können [1]).

Daß nun in allen diesen Fällen, so lange nicht durch Gewohnheitsrecht eine feste äußere Norm entstanden ist, der Richter auf die eigene Rechtschöpfung hingewiesen wird, ist eine befreiende Tat des Schweizer Gesetzbuchs. Nicht bloß wird dadurch für die natürliche Fortentwicklung des Rechtes freie Bahn geschaffen. Es wird auch die Stellung des Richters innerlich und in der Schätzung der Volksgenossen gehoben, wenn man ihm nicht mehr zumutet, alles aus dem vorhandenen Gesetz — das schwer erweisliche Gewohnheitsrecht kommt nur selten in Frage [2]) — abzuleiten. Das kann er nicht, ohne,

[1]) S. darüber meine Rede über Bernhard Windscheid und seinen Einfluß auf Privatrecht und Privatrechtswissenschaft S. 46. Für die Handhabung des A. 1 Abs. 2 wird es von größter Bedeutung sein, ob man der im Vorstehenden skizzierten Auffassung folgt oder nicht.

[2]) Von der gewaltigen Ueberspannung des Gewohnheitsrechtsbe-

wie Huber hervorhebt, zu den bedenklichsten Interpretationskunststücken zu greifen, die ihn und die Jurisprudenz in den Augen des Nichtjuristen zu diskreditieren geeignet sind.

Aber, so wird man fragen, ist denn damit nicht die Gefahr der Willkür gegeben? Was soll dabei herauskommen, wenn jeder junge Amtsrichter den Gesetzgeber spielen, nach subjektiven Billigkeitsüberzeugungen enscheiden darf? Dem gegenüber ist nochmals aufs eindringlichste zu betonen, daß jene Verweisung auf gesetzgeberische Rechtschöpfung keine Loslösung von objektiven Erwägungen bedeutet. So lange irgendwie möglich, sind von der Rechtsgemeinschaft getroffene Entscheidungen zu Grunde zu legen. Zunächst wird der Richter bestrebt sein müssen, mit den Wertungen des positiven Rechts im Einklang zu bleiben.

Man kann allerdings darüber zweifeln, ob in diesem Fall, wenn noch Anschluß an vorhandene gesetzliche und gewohnheitsrechtliche Regulierungen gesucht und gefunden wird, schon von jener gesetzgebungsähnlichen Tätigkeit des Richters bei der Urteilsfindung die Rede sein kann, ob hier nicht vielmehr noch Auslegung, speziell Analogie, stattfindet. Es handelt sich, das ist zuzugeben, hiebei um eine fließende Grenze. So weit der Satz reicht, wer den Zweck will, muß auch das unbedingt erforderliche Mittel wollen, bewegt man sich noch auf dem Boden der Auslegung. Liegen die beiden Fälle, der entschiedene und der neu zu regulierende, einander sehr nahe, so wird man immer noch geneigt sein, den Analogieschluß als dem Sinn des Gesetzes entsprechend, mithin als im positiven Recht schon enthalten, zu denken. Je weiter jedoch die Fälle von einander abrücken, desto zweifelhafter wird diese Gedankenoperation und desto mehr tritt die Vorstellung der selbständigen Rechtschöpfung in den Vordergrund. Nur da, wo diese letztere nach der Stellungnahme des Gesetzes oder der

griffs bei Danz (Jhs. Jahrb. Bd. 54 S. 1 ff.) kann wohl Abstand genommen werden.

Anschauung der Zeit ausgeschlossen erscheint, wird man so lange als irgend möglich den Auslegungsstandpunkt festzuhalten suchen.

Fehlt es an Anhaltspunkten innerhalb des positiven Rechts, so ist die Anknüpfung zunächst zu suchen an die noch nicht zu Gewohnheitsrecht kristallisierten Wertungen, die innerhalb der Verkehrssitte, der Uebung der beteiligten Kreise, zum Ausdruck kommen [1]). — Daneben freilich, unter Umständen sogar die Resultate korrigierend, wird immer die Erwägung stehen, ob nicht aus Zweckbetrachtungen höherer Art, unter Zurückgehen auf die Tendenz der gesamten Kulturbewegung, das Bedürfnis einer bestimmten Entscheidung sich ergibt [2]). Erst in letzter Linie, bei Wertgleichheit oder unlösbarem Konflikt großer Kulturströmungen, wird die Notwendigkeit von subjektiven Entscheidungen sich ergeben, auch hier übrigens nur, wenn man sich nicht auf den Standpunkt stellen kann, im Zweifel gegen den erhobenen Anspruch zu entscheiden [3]).

[1]) Auf die Bedeutung der Verkehrssitte weist, nur mit Uebertreibungen und unter Vermengung mit dem Gewohnheitsrecht, hin Danz a. a. O.

[2]) Diese größere Bewegungsfreiheit folgt aus der Formulierung des Artikels. Für den Gesetzgeber ist die Anpassung neuer Bestimmungen an schon vorhandene nur ein, wenn auch ein wichtiges Moment. Für den an Gesetzgebers Statt abwägenden Richter wird das Bedürfnis der Anpassung noch stärker ins Gewicht fallen, insofern ein gradueller Unterschied zwischen der richterlichen Rechtschöpfung und der eigenen Tätigkeit des Gesetzgebers zu konstatieren sein. Aber bei wertvollen Kulturerrungenschaften wird auch der Richter den Gedanken der Rechtskontinuität zurücktreten lassen dürfen. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Frage, ob Auslegung oder Rechtschöpfung vorliegt, praktisch nicht ohne Bedeutung ist. Die an sich schon zweifelhafte Grenzlinie (s. o. im Text) wird ihrerseits auch durch die bei der Emanzipation vom bisherigen zu erreichenden Werte beeinflußt werden.

[3]) Daß auch diese Situation sich ergeben kann, insbesondere

Bei solcher Handhabung wird von einer Steigerung der Gefahr des Subjektivismus nicht die Rede sein können. Die allen quantitativen Wertabgrenzungen notwendig innewohnenden, sowie die auf Grund der Unvollkommenheit menschlichen Erkennens unvermeidlichen subjektiven Elemente, kommen innerhalb der wirklichen und vermeintlichen Auslegung ebenso zum Vorschein, wie bei der offen eingestandenen Rechtschöpfung. Sie ließen sich nur durch eine in heutiger Zeit nicht mehr erträgliche Starrheit des Rechts zurückdrängen [1].

---

bei der Auslegung von Verträgen, ist nicht zu bestreiten. (S. die von Danz a. a. O. S. 68 aufgeführten Beispiele). Ebenso sicher ist aber auch, daß der Standpunkt, „Ansprüche, die nicht mindestens durch die Verkehrsanschauung gedeckt sind, müssen abgewiesen werden", in manchen Fällen vollkommen versagt. Es kann sich ja doch auch um die Frage handeln, welches der Inhalt eines zweifellos vorhandenen Anspruchs sein soll.

[1]) Zu unterscheiden sind innerhalb des richterlichen Subjektivismus verschiedene Arten und Grade. Einmal gibt es Fälle, in denen die dem Richter an die Hand gegebenen objektiven Gesichtspunkte nach allgemeiner Auffassung versagen und aus diesem Grund nur eine Parteinahme nach seiner Ueberzeugung oder eine willkürliche Festsetzung für ihn übrig bleibt. Dahin gehören die im Text erwähnten seltenen Fälle der Aufstellung nur subjektiv begründbarer Regeln, ferner die Grenzbestimmung bei quantitativen Uebergängen. Hier wird sich auch der Richter selbst der Subjektivität seiner Entscheidungen meistens bewußt sein. Dem gegenüber stehen die anderen Fälle, in denen die Subjektivität lediglich aus der Unsicherheit der in Frage kommenden Deduktionen, insbesondere auch aus der Unvollkommenheit des kausalen Erkennens, ferner aus der verschiedenen Qualität der einzelnen Richterintelligenzen sich ergibt. Auch diese Subjektivität, die vielfach, man möchte sagen meistens, eine unbewußte sein wird, läßt sich nicht vermeiden. Sie wird sich vielleicht bei der Interessenwertung wegen der größeren Schwierigkeit der Gedankenoperationen stärker geltend machen, als bei der Konsequenzziehung aus festen Begriffen. Es fragt sich nur, inwieweit diese letztere wirklich möglich ist. Vielfach wird sie sich als

Ebenso klar und deutlich wie die Befugnis des Richters zur schöpferischen Fortbildung des Rechtes ist in dem Art. 1 die unbedingte Superiorität des Gesetzes- und Gewohnheitsrechts zum Ausdruck gebracht. Das „positive" Recht außer Ansatz zu lassen oder auch nur in abgeänderter Form anzuwenden soll der Richter nicht in der Lage sein. Damit wird nun freilich einer neuerdings mehrfach verteidigten Theorie entgegengetreten.

Man könnte vielleicht diese Auslegung des Art. 1 in Zweifel ziehen mit dem Hinweis darauf, daß dort auch das Gewohnheitsrecht hinter das Gesetzesrecht zurückgestellt sei, während der Gesetzgeber doch kaum die Absicht gehabt haben könne, die Bildung eines derogierenden, d. h. das Gesetz abändernden, Gewohnheitsrechts schlechthin zu verbieten. Es dürfe eben aus der positiven Anerkennung des Gewohnheitsrechts und der selbständigen Rechtschöpfung in bestimmten Fällen nicht ihr Ausschluß in anderen Fällen abgeleitet, also nicht das sog. argumentum a contrario gezogen werden. — Die Frage, welche Stelle das Gesetz zum derogierenden Gewohnheitsrecht einnimmt, kann unerörtert bleiben [1]). Denn jedenfalls ist vom Gewohnheitsrecht nicht auf die selbständige Rechtschöpfung zu schließen. Der Gesetzgeber mag sich vor Augen halten, daß sein Verhältnis zum Gewohnheitsrecht schließlich eine Machtfrage ist, daß er mindestens ein unter Rechtsbruch sich entwickelndes Gewohnheitsrecht doch nicht verhindern kann. Er mag sich dadurch veranlaßt sehen, nur die positive Anerkennung hervorzuheben, und im übrigen sich auszuschweigen. Bei der Einräumung legislatorischer Funktionen an den Richter steht es anders. Hier hat das Gesetz freie Hand.

---

bloßes Scheinmanöver oder als Verdeckung von Interessenabwägungen erweisen.

[1]) Ich teile meinerseits nicht die Ansicht von Gmür a. a. O. S. 85 ff., daß der A. 1 eine Ausschließung des erläuternden und abändernden Gewohnheitsrechts enthalte.

Eine solche Stellung mußte, da sie der bisherigen Auffassung nicht entspricht, ausdrücklich zugestanden werden. Daher darf man über die Grenzen, die durch den Wortlaut des Art. 1 gegeben sind, nicht hinausgehen, sondern hat in der Tat das argumentum a contrario zu ziehen.

Aber kann man denn abänderndes Gewohnheitsrecht anerkennen, ohne dem Richter die Befugnis zu geben, sich vom Gesetz zu emanzipieren? Kann man dem Richter die Zumutung stellen, zwar ein fertiges derogatorisches Gewohnheitsrecht hinzunehmen, an der Ausbildung desselben sich aber nicht zu beteiligen? Schließt nicht das Verbot jeder Rechtsänderung an den Richter auch die Möglichkeit des abändernden Gewohnheitsrechts aus und ist damit nicht die Gefahr des Stillstands und der Verknöcherung gegeben?

Daß dem abändernden Gewohnheitsrecht der Boden abgegraben werde, wenn man nicht der Rechtsprechung gestatte, sich über den Gesetzesbefehl hinwegzusetzen, ist nicht richtig. Für die unbewußte Aenderung auf dem Weg vermeintlicher Interpretation sowie für geänderte Lückenergänzung bleibt immer noch genügend Raum. Es hat auch einen sehr guten Sinn, ist sogar kaum zu umgehen, einer solchen andauernden Uebung, nachdem sie zur Bildung einer Rechtsüberzeugung bei den Beteiligten geführt hat, die Sanktion zu erteilen. Von da bis zur Anerkennung einer Richtersouveränität über das Gesetz ist es noch ein gewaltiger Schritt. Mag es auch an sich möglich und im Lauf der Geschichte schon dagewesen sein, daß innerhalb bestimmter Grenzen gewissen richterlichen Organen eine Befugnis zur Außerkraftsetzung des Gesetzesrechts eingeräumt wurde, so würde doch eine generelle derartige Erlaubnis an unsere heutigen Richter, auch wenn man sie auf angebliche Notfälle einschränkt[1]), zu den bedenklichsten Uebelständen führen. Die Folgen für das Vertrauen in die Sicherheit und Unparteilichkeit der Rechtsprechung

[1]) So Stampe in der Juristenzeitung von 1905 S. 1017 ff.

wären ganz unübersehbar. Daran, daß, sei es bei uns oder sei es in der Schweiz, eine derartige Richterbefugnis tatsächlich schon bestünde, ist gar nicht zu denken. Es würde das, wie schon oft hervorgehoben, in vollstem Widerspruch zu der Vereidigung der Richter auf die Beobachtung der Gesetze stehen. Die Meinung, daß eine solche Rechtsänderung durch den Richter einem dringenden Bedürfnis entspreche, kann wohl nur entstehen, wenn man sich die Unvollständigkeit, Elastizität und vielfach auch Zweifelhaftigkeit des gesetzten Rechts nicht genügend vergegenwärtigt, wenn man in jeder unsicheren Interpretation, insbesondere in jeder Abweichung vom Gesetzesbuchstaben schon eine Aenderung des Gesetzes erblickt.

In Wahrheit bleibt bei der Beschaffenheit des positiven Rechts für dessen Fortentwicklung und Anpassung durch die Rechtsprechung genügender Spielraum, auch wenn man mit dem Schweizer Gesetzbuch die Pflicht des Richters zur Gesetzestreue scharf betont.

Die Elastizität des Gesetzesrechts wird noch außerordentlich gesteigert, wenn man der in neuerer Zeit in der Theorie herrschend gewordenen Meinung huldigt, daß sämtliche Rechtssätze nicht vom Standpunkt ihrer Entstehungszeit, sondern vom Standpunkt der Zeit des Interpreten auszulegen seien. Damit soll jede sog. philologische Interpretation, jeder Versuch, den Willen des konkreten Gesetzgebers zu erforschen, abgelehnt werden. Es dürfte indessen diese Meinung die Uebertreibung ursprünglich berechtigter Reaktion gegen einen zu weit gehenden Materialienkultus darstellen, eine Uebertreibung, die ihrerseits erhebliche Gefahren für die Rechtssicherheit mit sich bringt. Gewiß darf man nicht ohne Weiteres den Redaktor mit dem Gesetzgeber indentifizieren oder einzelne Aeußerungen von Regierungsvertretern oder Parteiführern wie authentische Interpretationen des Gesetzestextes behandeln. Sicherlich stehen ferner, wenn man den oben genannten Fehler vermeidet, der Feststellung des konkreten Gesetzgeberwillens bei

unserer komplizierten Gesetzgebungsmaschinerie große Schwierigkeiten im Wege, und es wird speziell bei privatrechtlichen Detailbestimmungen, sobald überhaupt Auslegungsschwierigkeiten entstehen, nicht allzu häufig gelingen, einen solchen nachzuweisen. Allein wo der Nachweis möglich ist, und er ist unter Umständen unzweifelhaft möglich, — man denke nur z. B. an ausdrückliche Deklarationen in den gesetzgebenden Körperschaften, denen die Regierung sich anschließt, — da ergibt sich aus der staatsrechtlichen Stellung des Richters gegenüber den gesetzgebenden Faktoren, daß er deren konkreten Willen gelten lassen muß. Ist ferner sprachlich oder auf Grund der Entstehungsgeschichte eines Rechtssatzes sicher nachweisbar, daß derselbe ursprünglich nur einen bestimmten, fest fixierten Sinn haben konnte, so ist dieser Sinn zunächst zu Grunde zu legen. Freilich können sich daran Analogien anschließen, es kann irrtümlich eine zu Gewohnheitsrecht führende abändernde Interpretation erfolgen und es kann die einzelne Bestimmung durch das Hinzutreten anderer Normen eine abgeänderte Bedeutung bekommen. Wie aber der Rechtssatz, abgesehen von solchen Vorgängen, seinen Sinn soll wechseln können, ist trotz aller mehr oder minder hochklingenden Redensarten, die hier gebraucht zu werden pflegen, nicht einzusehen. Auch das neuerdings speziell für die Schweiz angeführte Argument [1]), daß die Gesetze nicht gelten, weil sie einmal von der Bundesversammlung beschlossen seien, sondern weil dauernd der allgemeine Wille hinter ihnen stehe, und daß das Volk von dem gegenwärtigen Sinn ausgehe, dürfte schon deshalb, weil es offensichtlich mit Fiktionen operiert, nicht beweiskräftig sein.

Immerhin steckt ein berechtigter Kern in jener Theorie von der Objektivierung des Gesetzessinns. Das Gesetz kann von Haus aus mit der historischen Wandlung rechnen und seine Normen dementsprechend einrichten, namentlich dadurch, daß es elastische, je nach der Gestaltung der Lebensverhält-

[1]) Gmür a. a. O. S. 45.

nisse verschieden zu bestimmende Begriffe gebraucht. Im schweizerischen Zivilgesetzbuch ist eine solche Anpassung an die historische Entwicklung in bewußter Weise und in umfassendem Maß erfolgt. So hat man z. B. davon Abstand genommen, durch Einführung bestimmt fixierter Redewendungen die zwingende oder nachgiebige Natur der Rechtssätze hervorzuheben. Huber sagt darüber [1]): „Die Ansichten können in Bezug auf den Umfang der Freiheit und das Gebot der öffentlichen Sitte während der Lebensdauer des Gesetzes wechseln und es wäre schwerlich zu empfehlen, den Gesetzestext so zu fassen, daß alsdann eine jede Anpassung der Praxis an solche Wandlungen ohne Abänderung des Gesetzes ausgeschlossen würde." Soweit nun eine derartige Blanketterteilung dem Sinn des Gesetzes entspricht — wann das der Fall, wird wiederum in erster Linie durch historische und nur in zweiter durch systematische Auslegung zu ermitteln sein, — insoweit ist offenbar der Gesetzessinn unabhängig von der Anschauung der Entstehungszeit des Gesetzes [2]).

Auch mit der letzten Direktive, die der Art. 1 des Gesetzbuchs noch gibt, der Richter werde bei seiner gesamten Tätigkeit bewährter Lehre und Ueberlieferung folgen, ist das Richtige getroffen. Der Wissenschaft und Praxis — darauf sind die gebrauchten Ausdrücke zu beziehen — wird hiermit die ihnen gebührende Stellung eingeräumt. Sie sind nicht Rechtsquellen. Der Richter ist nicht an eine herrschende Lehre oder an eine konstante Praxis äußerlich gebunden. Das ergibt sich weniger aus der Wendung „er folgt dabei", die ja keinen Imperativ enthält, oder aus dem französischen »il s'inspire«, als aus dem Epitheton

[1]) Erläuterungen S. 16.

[2]) Die Feststellung, ob und inwieweit eine solche Wandelbarkeit des Inhalts dem Sinn der Gesetzesbestimmungen entspricht, gehört oft zu den denkbar schwierigsten. Zu beachten ist insbesondere, daß die Begriffe bis zu einem gewissen Grad fixiert, nach anderer Richtung elastisch gestaltet sein können.

bewährte Lehre und Ueberlieferung. Denn gerade ob die Bewährung vorliegt, ist der richterlichen Prüfung unterstellt. Es wird also nur eine Erwartung ausgesprochen, daß der Richter die Lehren der Wissenschaft und die Praxis der Gerichte gewissenhaft prüfen werde. Entspricht er dieser Erwartung nicht, so hat das keine unmittelbaren Folgen. Ob die Entscheidung in einer höheren Instanz umgestoßen wird, hängt niemals allein davon ab, und soll nach dem Sinne des Gesetzes nicht davon abhängen. Daß die oberen Instanzen gegenüber der Wissenschaft und Praxis eine freiere Stellung einnehmen als die unteren, daß die letzteren bei der Geltendmachung abweichender Ueberzeugungen sich mehr Reserve auferlegen, wird die Macht der Tatsachen ergeben.

Das Gesamtbild, das uns der also skizzierte Art. 1 zeigt, ist typisch für das ganze Gesetzbuch: Klare und bestimmte Direktiven in den Grundfragen, Stellungnahme zu praktisch bedeutsamen Kontroversen, im übrigen aber freie Bahn für die Fortentwicklung des Rechts und Vertrauen in die rechtschöpfende Tätigkeit des Richtertums. Das Feld, auf dem sich die schweizerische Praxis bewähren kann, ist geschaffen. Wie sie es bebauen wird, ob es ihr ebenso wie dem Gesetz gelingen wird, deutsche Gründlichkeit und Wissenschaftlichkeit mit der praktischen Lebensklugheit und dem Formensinn der Romanen glücklich zu verschmelzen, muß die Zukunft lehren. Die Prognose, die wir auf Grund der Beteiligung der Schweizer Juristenwelt bei der Gesetzgebungsarbeit stellen können, ist die denkbar günstigste. An uns Deutschen wird es sein, die Entwicklung wachsamen Auges zu verfolgen und wenn auch noch nicht für eine Revision unserer Kodifikation, die schwerlich in so naher Aussicht stehen wird, wohl aber für die einheimische Praxis unsere Schlüsse daraus zu ziehen. Es wäre nicht das erste Mal, daß eine in dieser kleinen aber höchst eigenartigen Gemeinschaft geleistete Kulturarbeit vorbildlich auch für die größeren Nachbarstaaten wirkte.

Druck von H. Laupp jr in Tübingen.





